



Kleber Sales

O PRINCÍPIO TRIDIMENSIONAL DA PROPORCIONALIDADE NA TEORIA GERAL DO DIREITO PÚBLICO E ADMINISTRATIVO

Hidemberg Alves da Frota

23

RESUMO

Demonstra que o princípio tridimensional da proporcionalidade não apenas encerra em si os princípios gerais do Direito Público, como também serve de princípio unificador do Direito Administrativo.

Recorre aos princípios gerais de Direito concernentes à dignidade da pessoa humana, à supremacia do interesse público e à proporcionalidade tridimensional como tripé em que se esteia a essência do Direito Público no Estado democrático de Direito e em torno do qual orbitam os princípios informadores do Direito Administrativo brasileiro.

Busca proporcionar aos profissionais do Direito visão unitária do Direito Público e panorama coeso do regime jurídico-administrativo, de modo que o contínuo esforço da comunidade jurídica pela consolidação da principiologia publicista e administrativista resulte em ferramenta prática e decisiva no cotidiano forense.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; Princípio tridimensional da proporcionalidade; Teoria Geral do Direito Público; Teoria Geral do Direito Administrativo; Direito Público; adequação; necessidade; proporcionalidade; princípio da razoabilidade.

1 INTRODUÇÃO

O princípio tridimensional da proporcionalidade (princípio geral da proporcionalidade¹, princípio da proporcionalidade em sentido amplo² ou princípio da proibição de excesso³) consiste na roupagem técnica e objetiva do princípio da razoabilidade, ao focar sob os prismas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito a exigência de atuação equilibrada do Poder Público.

Trata-se da proposta reformulada – nascida com o princípio da razoabilidade – de conferir mecanismos gerais de calibração do Direito Público e do desempenho das funções administrativa, normativa e jurisdicional⁴ do Estado (respeitadas as peculiaridades de cada função⁵), organismo cuja homeostase requer constante balanceamento entre poderes e deveres – estes condicionando aqueles⁶ – e o congraçamento entre as aspirações maiores da sociedade e os anseios essenciais do indivíduo – estes frenando aquelas⁷.

A sua presença na Teoria Geral do Direito Público preenche lacuna não ocupada satisfatoriamente pelo princípio da razoabilidade, refém do que o senso comum entende como sensato, aceitável, prudente e sóbrio⁸.

O princípio tridimensional da proporcionalidade busca a expressão técnico-jurídica do padrão de razoabilidade acolhido pela consciência crítica do corpo social.

O discurso da razoabilidade invoca a mentalidade da experiência social e os condimentos do bom-senso. Já a doutrina da proporcionalidade tridimensional encontra nos princípios jurídicos a fonte para se propiciar ao Direito Público e à ação do Estado tonalidades harmônicas com assento firme no ordenamento jurídico.

O discurso da razoabilidade invoca a mentalidade da experiência social e os condimentos do bom-senso. Já a doutrina da proporcionalidade tridimensional encontra nos princípios jurídicos a fonte para se propiciar ao Direito Público e à ação do Estado tonalidades harmônicas com assento firme no ordenamento jurídico.

O princípio geral da proporcionalidade se mostra tridimensional porque se ancora nas dimensões, critérios, elementos, vetores, máximas ou (sub)princípios da adequação, neces-

sidade e proporcionalidade em sentido estrito, cujo substrato é a amálgama dos princípios fundamentais do Direito e do Direito Público, sobremaneira visíveis na teoria geral do Direito Administrativo.

Por meio de tais critérios, o princípio tridimensional da proporcionalidade organiza, classifica e burila os atos estatais, verificando se são apropriados para *atingir os objetivos pretendidos*⁹ (adequação), se existe alternativa melhor, ou seja, se há ato estatal capaz de cumprir a mesma finalidade legal com igual adequação, mas de forma menos ofensiva aos interesses, direitos e bens lícitos preteridos (necessidade)¹⁰, e se o cotejo dos aspectos positivos e negativos (inclusive o contraste entre princípios jurídicos em tensão dialética) avaliza a sua concretização, isto é, se as vantagens fático-jurídicas suplantam as correspondentes desvantagens (proporcionalidade em sentido estrito)¹¹.

Em suma, o princípio tridimensional da proporcionalidade induz os agentes públicos a refletirem acerca da *relação existente entre a medida adotada, o resultado produzido e a finalidade pretendida*¹².

Este artigo esquadrinha as três dimensões da proporcionalidade e desnova os princípios jurídicos do Direito Público e Administrativo nos quais aquelas se estribam, a fim de comprovar que radica no princípio tridimensional da proporcionalidade a essência da teoria geral do Direito Público e Administrativo.

2 A DIMENSÃO DA ADEQUAÇÃO

A dimensão da adequação¹³, aptidão¹⁴, idoneidade¹⁵ ou pertinência¹⁶ preconiza conformidade e utilidade¹⁷ do ato estatal com os motivos e os fins que o justificam¹⁸. Convém à providência estatal vislumbrada constituir o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público¹⁹, por intermédio da qual se pode promover o resultado desejado²⁰. As medidas estatais devem ser cuidadosamente planejadas para atingir o objetivo da legislação, com racional conexão com o objetivo²¹.

Parafraseando-se Pazzagli Filho, trata-se da compatibilidade e da suficiência da resposta estatal em relação ao fato ou motivo que a ensejou²². O critério da adequação almeja evitar que o ato estatal peque pela deficiência. Consubstancia precaução contra medida estatal aquém de sua missão legal.

Inadequada a medida estatal que obstrui a efetivação de determinado princípio jurídico sem oferecer, em contrapartida, a proporcional eficaz promoção de outro princípio jurídico ou da finalidade legal que tal providência estatal deveria materializar²³.

Concernente à escolha do ato administrativo apropriado, apto a atingir os objetivos pretendidos²⁴ pelo Direito legislado, mediante adequação entre meios e fins (art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999), a dimensão da adequação reverbera ampla gama de princípios informadores da Administração Pública. Inspira-se em princípios gerais do Direito Público: os postulados da juridicidade, legalidade (incluindo-se o devido processo formal), supremacia do interesse público, eficiência e eficácia. Invoca princípios setoriais do Direito Administrativo, correspondentes aos ditames da moralidade administrativa (artífice dos princípios da probidade, lealdade e boa-fé) e aos vetores administrativos da supremacia do interesse público (princípios da finalidade, especialidade, indisponibilidade do interesse público, impessoalidade, publicidade e motivação).

2.1 OS PRINCÍPIOS DA JURIDICIDADE E LEGALIDADE

Ato estatal adequado está de acordo com o Direito, alerta o *princípio da juridicidade*, a encerrar os *princípios regentes da atividade estatal*²⁵, por submeter o agente público a todo o ordenamento jurídico, conscientizando-o de que convém aos atos estatais não apenas se conformarem às regras jurídicas, mas também aos princípios jurídicos gerais, explícitos ou implícitos no Direito Constitucional positivo²⁶.

Do princípio da juridicidade emana o dever de integração por parte do magistrado, a quem incumbe, mais do que verificar se a ação administrativa homenageia o Direito e a lei (art. 2º, parágrafo único, I, da Lei n. 9.784/99), *procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou eventualmente, faltante*²⁷, isto é, indagar se a função jurisdicional lhe permite, em dada circunstância, complementar o ato confecciona-

do pelo administrador público, ao proferir analogia preenchedora de lacuna legal.

Depreende-se do disposto na Constituição Federal de 1988 sobre a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) que calha ao Poder Judiciário *fazer determinações compulsórias, com prazo fixado, sobre providências administrativas referentes à execução de norma constitucional, ou seja, de interesse geral*²⁸.

No caso do ato administrativo, o princípio da juridicidade agasalha o *princípio da legalidade* (art. 37, *caput*, da CF/88) em uma *formulação quadripartite*, porquanto o ato administrativo não pode contrariar o Direito legislado, precisa contar com prévia autorização legal, enfatizar *esquema abstrato fixado por norma legislativa*²⁹ e apenas concretizar o ordenado pela lei.

Como o ato administrativo adequado se vincula à vontade explícita e prévia do Direito legislado, sujeita-se ao devido processo formal, ou seja, *submete-se a estritas exigências formais de obediência a rigorosos seqüenciamentos dos atos que devam ser praticados*³⁰, que são *inafastáveis sempre que possam atingir a liberdade ou os bens de uma pessoa* (art. 5º, LIV)³¹, frutos da *necessidade jurídica de assegurar-se a ostensiva satisfação de requisitos de atuação do Poder Público, previamente conhecidos por todos*³². Decorrencia do devido processo formal é o dever do administrador público observar as formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (art. 2º, parágrafo único, VIII, da Lei n. 9.784/99).

2.2 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

No Direito Administrativo o princípio da legalidade se liga estreitamente ao princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF/88), manifestação do dever de probidade, lealdade e boa-fé³³ do administrador público, *quer em face dos administrados, quer em face da própria administração*³⁴, repercussão dos *standards comportamentais que a sociedade deseja e espera*³⁵, contrários à *conivência com o administrador que "rouba mas faz" ou com o ato "imoral mas legal"*³⁶ — avessos, destarte, à mentalidade de que os fins justificam os meios.

A dimensão da adequação engloba o atuar administrativo consoante padrões éticos de probidade, decore e boa-fé (art.

2º, parágrafo único, IV, da Lei n. 9.784/99)³⁷, tendo-se em conta as balizas morais esboçadas pelo Poder Legislativo e detalhadas pelas normas internas da Administração Pública³⁸.

O dever de probidade demonstra que o ato administrativo adequado se evade de propiciar enriquecimento ilícito, *prejuízo ao erário*³⁹ e maltrato aos princípios informadores da Administração Pública.

Do princípio da juridicidade emana o dever de integração por parte do magistrado, a quem incumbe, mais do que verificar se a ação administrativa homenageia o Direito e a lei (...)

Já os deveres de lealdade e boa-fé lembram que o ato administrativo adequado se depura de astúcia e malícia, não confunde, dificulta ou minimiza o *exercício de direito por parte dos cidadãos*⁴⁰, nem plasma entendimento da Administração Pública alterado *em casos concretos*⁴¹ e *sem prévia e pública notícia*⁴² para *agrar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões*⁴³.

2.3 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Os ditames da juridicidade, legalidade e moralidade administrativa impelem o ato administrativo, para ser adequado, a mostrar-se *legítimo*, compatível com o *interesse público que lhe cumpre tutelar*⁴⁴ tido como *fundamento, limite e instrumento do poder*⁴⁵ a consubstanciar *medida e finalidade da função administrativa*⁴⁶.

Entende-se por interesse público o interesse social insculpido no ordenamento jurídico⁴⁷, a vontade geral do povo *juridicamente positivada*⁴⁸, tradução do princípio democrático, insito à soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da CF/88)⁴⁹, caixa de ressonância do bem comum⁵⁰, a resultar na legitimidade como dever legal, *requisito legalmente exigível da ação administrativa pública*⁵¹ que a compele à *saciação da finalidade que a expressa*⁵². Em verdade, a compatibilidade com o interesse público ressoa exigência comum a todos os atos e funções estatais.

Interesse público não é expressão oca, utilizando-nos da nomenclatura de Olivecrona. A expressão "interesse público" não abriga todo e qualquer conteúdo. É um continente delimitado, primeiramente pelo Texto Constitucional e, depois, pelas opções legislativas. Interesse

*público só pode ser, tão-somente, aquele qualificado como tal pelo ordenamento jurídico*⁵³.

Impende ao agente público (inclusive ao administrador público — art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/99) perseguir o interesse público, ao prevalecer este sobre interesses específicos de segmentos sociais e de determinadas pessoas físicas e jurídicas, a fim de priorizar a concreção do *interesse de*

*todos*⁵⁴. Trata-se do princípio da supremacia do interesse público, *princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade*⁵⁵, sua *própria condição de sobrevivência*⁵⁶, a preconizar a *consecução da justiça social*⁵⁷.

O princípio da finalidade (art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/99) — como sua denominação denuncia — *exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública*⁵⁸.

Esgrimir pela finalidade pública emolurada pelo ordenamento jurídico e consagrada pelo Direito legislado significa, a par de preponderá-la sobre os anseios segmentados dissociados das aspirações maiores do todo social⁵⁹, rezar pela sua indisponibilidade: *mero gestor da coisa pública*⁶⁰, o administrador público se vê compungido a materializar, preservar e aprimorar o interesse público, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização da lei (art. 2º, parágrafo único, II, da Lei n. 9.784/99)⁶¹.

Em outras palavras, descabe à Administração Pública dispor a seu talento do patrimônio público e se desvirtuar de sua finalidade legal. Daí deflui o princípio da especialidade, que impede as entidades estatais (pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública indireta) de se desviarem dos fins que lhes foram cometidos pelo Direito legislado⁶².

A primazia do interesse público e, em consequência, sua indisponibilidade levam o administrador público a pautar sua conduta pelo princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*, da CF/88), ao optar pelo ato *que melhor atenda à finalidade legal*⁶³, desprovido de *considerações de ordem pessoal*⁶⁴, não *favorecendo ou discriminando sem justificção legal*⁶⁵ — deferência basilar ao princípio da igualdade (ou

isonomia) formal, ventríloquo do adágio *todos são iguais perante a lei* (art. 5º, *caput*, da CF/88)⁶⁶.

Abstido de *perseguição e favoritismo*⁶⁷, inclusive da promoção pessoal de agentes ou autoridades (art. 37, § 1º, da CF/88, c/c art. 2º, parágrafo único, III, da Lei n. 9.784/99)⁶⁸, o administrador público impessoal termina por louvar a escorreita aplicação do princípio da publicidade, divulgando de forma ética na imprensa (oficial e, se possível, privada) o ato administrativo, executado de modo transparente⁶⁹, às claras, sem socapa, subterfúgios ou dissimulação⁷⁰.

O dever de probidade demonstra que o ato administrativo adequado se evade de propiciar enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e maltrato aos princípios informadores da Administração Pública.

Alia-se ao princípio da publicidade desdobramento do devido processo *sine qua non* para o controle estatal e popular da Administração Pública⁷¹: o dever da motivação do ato administrativo (art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/99). O princípio da motivação concita o administrador público a consignar (antes ou simultaneamente à edição do ato administrativo) as razões de fato e de direito a cancelarem sua prática⁷². A sindicabilidade dos atos do Poder Público, em regra, demanda do agente público que expressamente consigne os fundamentos fático-jurídicos do ato estatal, seja este de âmbito administrativo, normativo ou jurisdicional.

2.4 OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E EFICÁCIA

Conforme dispõe o art. 22, n. 2, do Regulamento (CE, EURATOM) n. 2343/2002, da Comissão das Comunidades Europeias⁷³, o princípio da eficiência requisita ato estatal disponibilizado em tempo útil, nas quantidades e qualidades adequadas, e o princípio da eficácia anseia pela consecução dos objetivos específicos fixados em lei e aspira à efetiva obtenção dos resultados esperados.

3 A DIMENSÃO DA NECESSIDADE

A dimensão da necessidade⁷⁴, exigibilidade⁷⁵ ou indispensabilidade⁷⁶ associa intervenção estatal mínima e economicidade em nome da aversão do Estado democrático de Direito a excessos do Poder Público⁷⁷. Enquanto a dimensão da adequação clama por se evitar ato estatal aquém da finalidade que lhe foi incumbida pelo Direito legislado, a dimensão da necessidade se ocupa de acautelar o agente público contra ato estatal além de seu propósito legislativo.

Do ponto de vista do princípio da intervenção estatal mínima, a dimensão da necessidade almeja assegurar a atuação estatal menos ofensiva aos interesses, direitos e bens lícitos postos em segundo plano⁷⁸, com vistas a proporcionar a máxima salvaguarda da dignidade da pessoa humana. Quanto ao princípio da economicidade, intenciona anuir com o ato estatal que — dentre as medidas estatais tidas como adequadas — melhor racionaliza a aplicação dos recursos públicos, ao evitar despesas públicas despiciendas, visando a resguardar o dinheiro do contribuinte e, em consequência, não só preservar o patrimônio público, como também não impor à sociedade ônus financeiros desnecessários.

Em síntese, a dimensão da necessidade insta o administrador

público a selecionar, dentre os atos administrativos adequados, o de menor ofensividade em relação tanto ao particular diretamente afetado, quanto aos demais integrantes do corpo social indiretamente prejudicados⁷⁹.

Induz-se do Direito Administrativo que, no Direito Público, repele-se a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei n. 9.784/99). Perscruta-se se o ato estatal, além de adequado, revela-se o *menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos, que porventura colidem com aquele consagrado na norma interpretada*⁸⁰.

Cumpra ao ato estatal escolhido operar intervenção mínima⁸¹: impor apenas os sacrifícios indispensáveis às pessoas naturais e coletivas afetadas por tal ação do Poder Público. Espera-se do Estado deflagrar as menores limitações possíveis quanto ao gozo lícito de direitos e bens das pessoas físicas e jurídicas e o mais racional e menos dispendioso emprego dos recursos públicos. O agente público se depara com o mister de efetivar determinado propósito legal e, ao mesmo tempo, evitar concessões desnecessárias por parte das pessoas físicas e jurídicas afetadas. Repousa aqui o desafio do agente público, ao exercitar sua respectiva atribuição legal, proporcionar ótima efetividade a dado interesse público e, simultaneamente, preservar, ao máximo possível, os lícitos interesses públicos e privados contrapostos àquele no caso concreto.

Destarte, no Direito Público e Administrativo a dimensão da necessidade se ancora nos princípios da dignidade da pessoa humana (inclusive o princípio da intervenção mínima), da supremacia do interesse público, da economicidade e da eficiência:

1 Princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88)⁸². Atinente ao *conteúdo indispensável à existência saudável, capaz de preencher as naturais exigências de ordem física e espiritual do homem*⁸³, clama pela manutenção da essência dos direitos dos seres humanos lesados e, por meio do princípio da intervenção mínima dele decorrente, pugna pelas mínimas (inarredáveis ou inevitáveis) mitigações dos lícitos direitos, interesses e bens (públicos e privados) atingidos;

2 Princípio da supremacia do interesse público. Recomenda ao agente público desempenhar a missão que lhe delegou o Direito legislado sem desnaturar os interesses maiores da sociedade encapsulados no ordenamento jurídico (notadamente no Direito Constitucional positivo), que merecem máximo resguardo;

3 Princípio da economicidade (art. 70, *caput*, da CF/88)⁸⁴. Prescreve, de um lado, despesas públicas realizadas de maneira conscienciosa, sem gastos excessivos, acarretando ao erário as expensas apenas imprescindíveis, com o intento de poupar o quanto possível o dispêndio do dinheiro do contribuinte, e, de outra banda, preceitua a execução do ato estatal da forma menos onerosa para a pessoa física ou jurídica alvo de sanção estatal ou tolhida em seus direitos, interesses e bens lícitos;

4 Princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da CF/88). Então a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de *plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade*⁸⁵.

4 A DIMENSÃO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

O critério da proporcionalidade em sentido estrito⁸⁶, pondera-

ção⁸⁷ ou justa medida⁸⁸ pressupõe que os princípios têm pesos diferentes no caso concreto e que o de maior peso têm precedência⁸⁹. Opta pela providência estatal que melhor sopesa os interesses em jogo⁹⁰, considera os danos causados e os resultados a serem obtidos⁹¹ e concilia os valores em tensão dialética⁹².

Nesse diapasão, Alexy divide em três etapas o emprego do critério da proporcionalidade em sentido estrito⁹³:

(1) Estabelece-se o teor de insatisfação – a quota de sacrifício – do princípio de menor peso no caso concreto. Maior a importância do princípio de maior peso, maiores as restrições ao princípio menos denso;

(2) Determina-se, nesse contexto específico, o grau de relevância do princípio mais denso;

(3) Apura-se se a necessidade de satisfazer ao princípio mais denso justifica os temperamentos pespegados ao princípio de menos peso.

Na terceira etapa do critério da proporcionalidade *stricto sensu*, é calculado se o ato estatal avaliado observa, na medida justa, a relação custo-benefício⁹⁴: estima-se se a preponderância dos interesses, direitos e bens tidos, na ocasião, como os mais significativos, trará proveitos sociais de magnitude suficiente para compensar e legitimar as privações impostas aos interesses, direitos e bens lícitos preteridos.

A flexibilização do princípio menos denso possui como barreira intransponível o 'mínimo' em que todos devem ser respeitados⁹⁵: embora o princípio, naquela circunstância, de menor estatura efetue as maiores concessões em termos de redução de eficácia, ambos os princípios terão, ao fim, inteiramente preservadas a sua essência e a sua validade⁹⁶.

A dimensão da proporcionalidade em sentido estrito apregoa o primoroso balanceamento entre os interesses, os valores e os direitos direcionados a sentidos distintos, de modo que o ato estatal eleito traga efeitos benfazejos suficientes para sobrepujarem os resultados deletérios, com o fito de se erigir a justa causa fundamentadora da atividade estatal, notadamente aquela que disciplina direitos e liberdades individuais⁹⁷.

A proporcionalidade *stricto sensu* – saliente-se – alude ao ato estatal que melhor compensa suas desvantagens⁹⁸, incorpora a justa medida⁹⁹ e conjuga os interes-

ses diversos. Consiste no esforço pelo ajuste certo, pela ótima calibração, a fim de que consiga, da melhor forma, suprir as deficiências e eliminar os excessos, carregando em seu bojo o ânimo de fornecer ao corpo coletivo ato estatal equilibrado, porque, ao contemplar dada incumbência legal, oferece a máxima combinação harmônica entre as adequações jurídica e fática, teórica e prática. Assim, decanta atritos desnecessários, grassando entre lícitos princípios e interesses planteados em sentidos diferentes (muitas vezes, aparentemente opostos) naquele caso concreto e o propicia ao congraçamento de valores constitucionais, à primeira vista, dissonantes.

Ao investigar a presença da proporcionalidade *stricto sensu*, questiona-se se existem antinomias entre princípios. Conforme já asseverado, mesmo havendo, no começo, incongruências entre os princípios, ambos, ao fim, terão preservadas a sua validade e a sua essência, cabendo ao princípio de menor importância – naquele contexto – as maiores concessões em termos de redução de eficácia¹⁰⁰.

Consoante antes consignado, a ponderação entre dois princípios jurídicos desloca-se segue três etapas¹⁰¹, delineadas por Alexy. Primeiro, infere-se até onde vai a eficácia do princípio de menor densidade¹⁰². Segundo, analisa-se o fundamento ofertado pelo princípio de maior peso para haver tais restrições na eficácia do princípio menos denso¹⁰³. Terceiro, certifica-se se a satisfação do princípio de maior grandeza, no caso concreto, justifica os sacrifícios impingidos ao princípio menos denso¹⁰⁴.

A dimensão da proporcionalidade em sentido estrito apregoa o primoroso balanceamento entre os interesses, os valores e os direitos direcionados a sentidos distintos (...)

A proporcionalidade propriamente dita constitui o ápice da construção dogmático-jurisprudencial surgida com o advento do princípio da razoabilidade (art. 2º, caput, da Lei n. 9.784/99), desaguadouro de critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e [discrição] respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida¹⁰⁵.

Em contraste com o princípio tridimensional da proporcionalidade, nomeadamente com a proporcionalidade *stricto sensu*, o princípio da razoabilidade

encarta critérios intuitivos, baseados no que o senso comum reputa moderado, sensato e racional¹⁰⁶, desprendidos daquilo que a média dos seres humanos considera arbitrário, caprichoso, exagerado, aberrante e temerário¹⁰⁷.

No Direito Público e Administrativo, a dimensão da proporcionalidade em sentido estrito sedimenta o princípio tridimensional da proporcionalidade como instrumento técnico medianeiro, calçado na interpretação sistemática (inclusive finalística), a transformar o princípio do devido processo substantivo (art. 5º, LIV, da CF/88)¹⁰⁸ em norma jurídica mais palatável aos profissionais do Direito de mentalidade positivista. Confere aos conceitos tradicionalmente indeterminados de razoabilidade e justiça a moldura objetiva e prática capaz de atenuar, de maneira acentuada, o estigma de subjetivismo associado a arbitrariedades e ao descaso com a ordem legal, críticas contundentes feitas por juristas conservadores estadunidenses à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA relacionada ao *substantive due process*¹⁰⁹.

O critério da proporcionalidade *stricto sensu* permite ao devido processo substantivo libertar-se do estereótipo de abstração metajurídica e encarnar o espírito da equidade, garantindo ao agente público discernimento técnico, estribado na ciência jurídica e não somente no senso comum, acerca de como se comportar conforme o Direito e a lei, ante as peculiaridades do caso concreto¹¹⁰. Para tanto, considera não apenas aquilo que é normal, mas também as variações e curvas inevitáveis

de experiência humana¹¹¹, conjugadas com a concepção aristotélica de se encontrar o valor do justo no ponto equidistante dos dois extremos¹¹² que radica na mediania entre o excesso e a deficiência¹¹³. Trata-se do meio termo aristotélico¹¹⁴, em verdade, o justo meio, o encontro de uma posição equilibrada na ação e não um simples meio termo¹¹⁵.

5 CONCLUSÃO

Assentado no tripé adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o princípio tridimensional da

proporcionalidade se mostra fundamental para a elaboração dos atos estatais, mormente os administrativos.

O critério da adequação exige que o ato estatal seja apropriado ao fim a que se destina na ótica tanto jurídica (teórica), quanto fática (prática). Inspira-se em princípios gerais do Direito Público — juridicidade, legalidade (inclusive o devido processo formal), supremacia do interesse público, eficiência e eficácia — e setoriais do Direito Administrativo — moralidade administrativa (artífice dos princípios da probidade, lealdade e boa-fé) e vetores administrativos da supremacia do interesse público (finalidade, especialidade, indisponibilidade do interesse público, impessoalidade, publicidade e motivação).

O critério da necessidade preconiza optar-se pelo ato estatal considerado necessário, indispensável, porque, dentre as medidas estatais apropriadas, disponíveis (exequíveis), plasma a menos ofensiva aos demais interesses, públicos e privados, e a menos onerosa ao erário e aos direitos, interesses e bens preteridos. No Direito Público e Administrativo, influencia-se pelos princípios da dignidade da pessoa humana (inclusive o princípio da intervenção mínima), da supremacia do interesse público, da economicidade e da eficiência.

O critério da proporcionalidade em sentido estrito exige do agente público ponderar sobre os valores em tensão dialética, harmonizá-los da maneira mais afinada, adotar o ato estatal adequado e de menor ofensividade que melhor se depura de excessos ou deficiências e executá-lo apenas se trazer mais efeitos benfazejos que deletérios. Isso, além de preservar ambos os princípios em eventual tensão dialética, poupando mais o de maior densidade e sacrificando mais o de menor peso, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. No Direito Público e Administrativo, tal critério ecoa o princípio do devido processo legal material, ao moldar os atos estatais de modo que espelhem os valores do equilíbrio, do justo meio-termo, da razoabilidade e da equidade.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 360.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 617.
- Idem.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 264 apud PORTUGAL. Tribunal Constitucional (2ª Seção). Acórdão n. 484/00. Lisboa, 22 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional (2ª seção). Acórdão n. 484/00. Lisboa, 22 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 69.
- JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2000. p. 208. Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 116.
- BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 99.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 223. Nesse sentido: DOMINGOS, Sérgio. Estrutura das normas de direito fundamental. *Revista do Curso de Direito da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal — AEUDF*, Brasília, DF, v. 3, n. 2, p. 40, jul./dez. 2002.
- BARROSO, op. cit., p. 223-224. Nesse sentido: DOMINGOS, Sérgio. op. cit.
- BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 224. Nesse sentido: DOMINGOS, Sérgio. op. cit.
- ESPANHA. Tribunal Constitucional. STC 27/2004. Madrid, 4 de Marzo de 2004. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 4 jun. 2005, tradução nossa.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 3, n. 4, p. 198, jan./dez. 2000.
- BONAVIDES, op. cit., p. 361.
- HECK, Luis Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão dos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 781, p. 75-76, nov. 2000.
- BONAVIDES, op. cit., p. 361.
- GUERRA FILHO, op. cit.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 25.
- BONAVIDES, op. cit., p. 360.
- BARROSO, op. cit., p. 222-223.
- CANADÁ. Supreme Court. *Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 3 S.C.R. 95, 2004 SCC 53 (CanLII). Delivered the judgment of the majority: Justice LeBel. Ottawa, July 29 2004. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 17 jun. 2005, tradução nossa.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 38.
- ALEX, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 135, jun. 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 23, p. 473, 1994. Apud MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 115.
- GARCIA; ALVES, op. cit., p. 20.
- Idem, p. 19-20.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 40.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 198, p. 14, out./dez. 1994.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 139.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 89.
- Idem.
- Idem.
- BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 109-110.
- CARVALHO FILHO, José Santos. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: 2002. p. 46.
- MOREIRA, Gerfran Carneiro. Os princípios constitucionais da Administração e sua interpretação: reflexões sobre a função administrativa no Estado Democrático de Direito. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (org.). *Devido processo legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 108.
- Idem, p. 115.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 79.
- Idem, p. 78.
- CARVALHO FILHO, op. cit., p. 47.
- BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 109.
- Idem, p. 110.
- Idem, p. 109.
- Idem, p. 110.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 234.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 1992. p. 175-176.
- Idem.
- FIGUEIREDO, op. cit., p. 34-35.
- MOREIRA NETO, op. cit., p. 80.
- MORAES, op. cit., p. 49.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 27.
- Idem, p. 25.
- Idem.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 42.
- BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 63.

- 55 Idem, p. 87.
 56 Idem.
 57 DI PIETRO, *op. cit.*, p. 69.
 58 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 86.
 59 DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa...*, *op. cit.*, p. 234.
 60 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17.
 61 PAZZAGLINI FILHO, *op. cit.*, p. 34.
 62 DI PIETRO, *Direito administrativo*, *op. cit.*, p. 72.
 63 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 535.
 64 Idem.
 65 Idem.
 66 BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 104.
 67 DIAS, Wladimir Rodrigues. A administração pública na ordem jurídico-constitucional. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Org.). *Curso prático de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. cap. 3, p. 111.
 68 DI PIETRO, *op. cit.*, p. 71.
 69 MEDAUAR, *Direito administrativo moderno*, *op. cit.*, p. 143.
 70 BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 104.
 71 MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, *op. cit.*, p. 89.
 72 Idem, p. 100.
 73 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE, EURATOM) n. 2.343/2002, da Comissão das Comunidades Europeias. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, Bruxelas, n. 357, p. 78, 31 dez. 2002.
 74 BONAVIDES, *op. cit.*, p. 361.
 75 GUERRA FILHO, *op. cit.*, p. 198.
 76 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 219.
 77 PORTUGAL. Tribunal Constitucional (1ª Seção). Acórdão n. 302/01. Lisboa, de 27 de junho de 2001. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em: 22 mar. 2005.
 78 BONAVIDES, *op. cit.*, p. 361.
 79 MEDAUAR, *Direito administrativo moderno*, *op. cit.*, p. 146. Nesse sentido: MOREIRA, *op. cit.*, p. 110; CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 24; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 29; MENDES, *op. cit.*, p. 473; MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 98.
 80 GUERRA FILHO, *op. cit.*, p. 198.
 81 SOUZA NETTO, José Laurindo de. O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar. *Tuluti* Ciência e Cultura: FCJ, Curitiba, n. 27, p. 67 fev. 2002.
 82 Idem, p. 66.
 83 JABUR, *op. cit.*, p. 210.
 84 MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 104.
 85 Idem, p. 103.
 86 GUERRA FILHO, *op. cit.*, p. 198.
 87 BARROSO, *op. cit.*, p. 223-224.
 88 CANOTILHO, *op. cit.*, p. 617.
 89 HECK, *op. cit.*, p. 75.
 90 Idem.
 91 BARROSO, *op. cit.*, p. 223.
 92 HECK, *op. cit.*, p. 75-76.
 93 ALEXY, *op. cit.*, p. 136.
 94 BARROSO, *op. cit.*, p. 223-224.
 95 GUERRA FILHO, *op. cit.*, p. 198.
 96 CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 102.
 97 PONTES, Helenilson Cunha. A dedutibilidade das despesas tributárias e o *substantive due process of law*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, p. 57, set. 1997.
 98 BARROSO, *op. cit.*, p. 223-224.
 99 CANOTILHO, *op. cit.*, p. 617.
 100 MIRANDA, Jorge; WEBER, Albrecht (org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra 1996, v. 1, p. 252. *Apud* CASTRO, *op. cit.*, p. 102.
 101 ALEXY, *op. cit.*, p. 136.
 102 Idem.
 103 Idem.
 104 Idem.
 105 BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 99.
 106 BARROSO, *op. cit.*, p. 219.
 107 Idem. Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 99.
 108 PONTES. *op. cit.*, p. 57.

- 109 DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto material do devido processo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 709, p. 253, nov. 1994.
 110 SIDOU, J. M. Othon. *Fundamentos do direito aplicado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 164.
 111 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 123.
 112 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Edipro, 2002. p. 73.
 113 Idem.
 114 Kelsen, Hans. *A justiça e o direito natural*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 64. Nesse sentido: CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 25.
 115 PAIM, Antonio. *Tratado de ética*. Londrina: Humanidades, 2003. p. 147.

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
Curso de direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
 COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. A indisponibilidade do interesse público e a arbitragem nas concessões de serviço público. *Fórum de contratação e gestão pública*, Belo Horizonte, v. 1, n. 9, p. 1.009-1.013, set. 2002.
 DUARTE, Marise Costa de Souza. Interesse público e tutela administrativa ambiental. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, v. 1, n. 6, p. 552-555, nov. dez. 2002.
 GALILHETE, Carmelinda Ana. Efeitos do controle da constitucionalidade e das leis no Brasil. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 1, n. 15, jan. jun. 2001.
 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública*. São Paulo: Atlas, 2000.

Artigo recebido em 1/6/2006.

ABSTRACT

The author explains that the tridimensional proportionality principle not only comprises Public Law general principles, but also works as a unifying principle of Administrative Law.

He resorts to the general principles of Law related to human person dignity, to the preponderance of public interest and to tridimensional proportionality as support for the Public Law main essence in a Democratic rule of Law, around which lie the informing principles of Brazilian Administrative Law.

He intends to provide Law professionals with a standardized view of Public Law and also with a coherent scope of the juridical-administrative system, so that ongoing effort put by the legal community into the consolidation of public and administrative principlololy may render in a practical and conclusive tool to courts on a daily basis.

KEYWORDS

Administrative Law; tridimensional proportionality principle; Public Law general theory; Administrative Law general theory; Public Law; adaptation; need; proportionality; principle of reasonability.

Hidemberg Alves da Frota é bacharel em Direito e técnico da Secretaria de Estado da Saúde do Amazonas – AM.